



UiO • **Det juridiske fakultet**

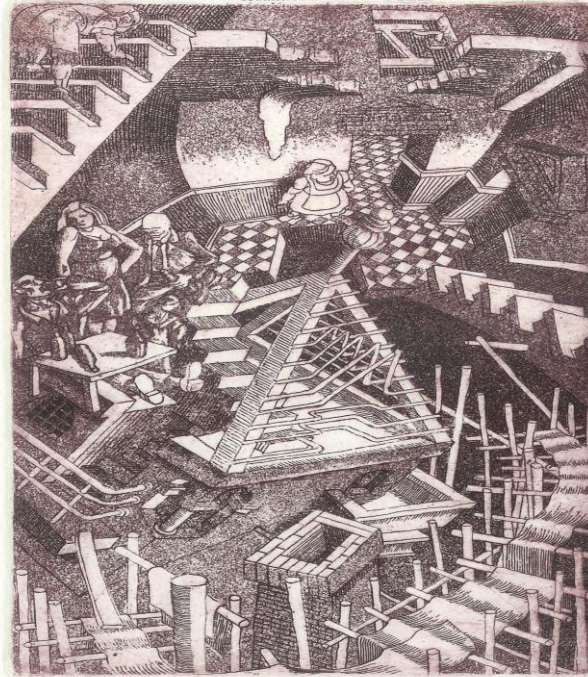
Lee A. Bygrave, Senter for rettsinformatikk

# Automatiserte avgjørelser

[Finans Norges personvern-webinar, sept. 2021]



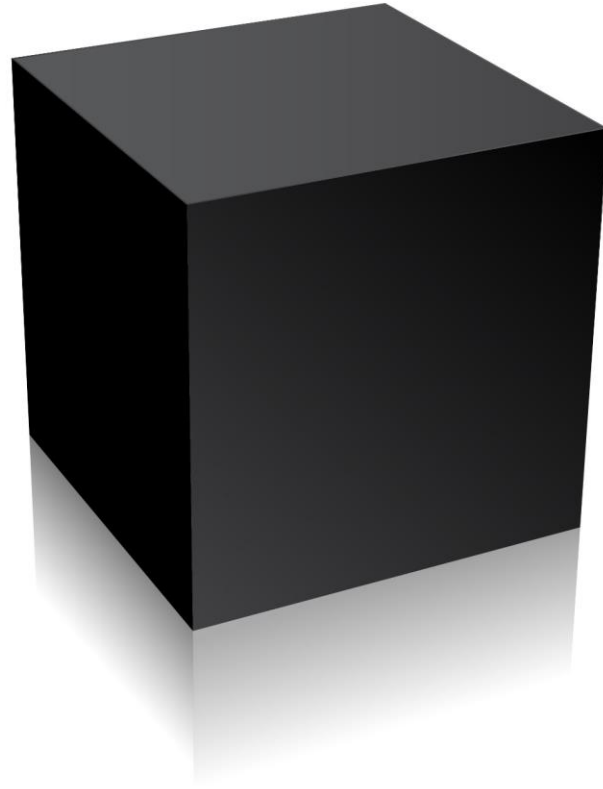
# Josef Ks mareritt



9/15

H. Roth 81

Schlimmer Traum  
aus: 5 Redierungen nach Franz Kafka



## Artikkel 22 PVF/GDPR

### Art. 22(1)

«Den registrerte skal ha rett til ikke å være gjenstand for en avgjørelse som **utelukkende** er basert på automatisert behandling, herunder profilering, som har **rettsvirkning** for eller på **tilsvarende måte i betydelig grad** påvirker vedkommende.»

[Sml. forgjengeren i art. 15 PVD]

[NB: Røtter i fransk lovgivning fra 1977(!)]

## Begrunnelse (I) [fra forarbeider til art. 15 PVD]

‘This provision is designed to protect the interest of the data subject in **participating** in the making of decisions which are of **importance** to him. The use of **extensive data profiles** of individuals by powerful public and private institutions deprives the individual of the capacity to influence decision-making processes ... should decisions be taken on the sole basis of his “data shadow”.

[COM(92) 422 final – SYN 287]

## Begrunnelse (II)

‘the result produced by **the machine**, using more and more sophisticated software, and even expert systems, has an **apparently objective and incontrovertible character** to which a human decision-maker may attach **too much weight**, thus abdicating his own responsibilities’. [COM(92) 422 final - SYN 287]

## Art. 15 PVD: en annenrangs rettighet

- Sjelden implementert
- Ofte oversett av tilsynsmyndigheter
- Dårlig forstått
- Lett unngåelig – et «korthus»

## Art. 22 PVF: også en annenrangs rettighet?

- Sjelden implementert? Tjaa ...
- Ofte oversett av tilsynsmyndigheter? Nei
- Dårlig forstått? Tjaa ...
- Lett unngåelig – et «korthus»: Ja
  - Sml. Finans Norges innspill til Personvernkommissjonen (PVK), 25.06.2021



## Art. 22(2) PVF: Unntak

«Nr. 1 får ikke anvendelse dersom avgjørelsen

a) er nødvendig for å inngå eller oppfylle en **avtale** mellom den registrerte og en bha,

b) er tillatt i henhold til unionsretten eller medlemsstatenes **nasjonale rett** som den bha er underlagt, og der det også er fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter [mv], eller

c) er basert på den registrertes uttrykkelige **samtykke**.»

## Art. 22(3): Unntak fra unntak (!)

«I tilfellene nevnt i nr. 2 bokstav a) og c) skal den behandlingsansvarlige gjennomføre egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter og friheter og berettigede interesser, i det minste retten til menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen.»

## Art. 22(4): sensitive opplysninger (I)

«Avgjørelsene nevnt i nr. 2 skal ikke bygge på **særlige kategorier** av personopplysninger nevnt i artikkel 9 nr. 1, med mindre artikkel 9 nr. 2 bokstav a) eller g) får anvendelse og det er innført egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser.»

## Art. 22(4): sensitive opplysninger (II)

- «særlige kategorier» av p.o. (art. 9):
  - opplysninger om rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning, fagforeningsmedlemskap, genetiske og biometriske opplysninger, helseopplysninger eller opplysninger om seksuelle forhold
- Art. 9(2)(a): **uttrykkelig samtykke**
- Art. 9(2)(g): **viktige allmenne interesser** tuftet på EU rett eller nasjonal **rett**

## Art. 22(1): rettighet eller forbud? (I)

- Kapittel III omhandler «rettigheter»
- Europarådets modernisert konvensjon 108: «Every person shall have **a right** ... not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration» (art. 9(1)(a))
- Sml. Politidirektivet art. 11: uttrykkelig forbud
- Sml. art. 15 PVD: implementert av enkelte land som rettighet og av andre som forbud

## Art. 22(1): rettighet eller forbud? (II)

- EDPB/PVR: art. 22(1) = forbud (fordi fortalepunkt 71 antyder dette og pga. art. 22(3))
- Flertallet i FvI-utvalget inntok samme standpunkt (jf. NOU 2019:5, s. 262)
- Se også rettspraksis fra Østerrike (Bundesverwaltungsgericht, dom 18. des. 2020) og Nederland (Rechtbank Den Haag, DS89 – K477, 5. feb. 2020)
- Men sannsynligvis en rettighet (jf. Tosoni i *International Data Privacy Law*, bind 11, 2021, s. 145 flg.)

## Art. 22(1): anvendelseskriterier (I)

Fire forutsetninger:

1. Avgjørelse tatt
2. Utelukkende basert på automatisert behandling
3. Rettslige konsekvenser eller tilsvarende virkning for den registrerte
4. Automatisert behandling, **herunder** profilering

- Siste kriteriet er vesentlig nytt ift. art. 15 PVD

## Art. 22(1): anvendelseskriterier (II)

- Profilerings definert i art. 4(4): «**enhver form for automatisert behandling** av p.o. som innebærer å bruke p.o. for **å vurdere visse personlige aspekter** knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere **eller** forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeids-prestasjoner, økonomiske situasjon, helse, [mv.]»
- Kan involvere menneskelig aktivitet/input
- Behøver ikke å ha et prediktivt formål
- NB: Art. 22(1) behøver ikke å involvere profilering
  - Mendoza og Bygrave 2017 tar motsatt synspunkt



## Art. 22(1): anvendelseskriterier (III)

- Hva = «avgjørelse»?
- Ta f.eks automatisert siling av jobbsøknader ifm. innkalling til intervju
- Sml. Bygrave 2020, s. 532: «a decision ... may be caught by Art. 22 even if it is an interim action in a broader process potentially involving multiple decisions»

## Art. 22(1): anvendelseskriterier (IV)

- Hva = «utelukkende» basert på automatisert behandling?
- Må innhenting av grunnlagsdata også være automatisert? (Sannsynligvis nei)
- Automatisert beslutningsstøtte OK dersom menneskelig input er reell
  - jf. WP29 2018, s. 19: «meaningful» fremfor «token» menneskelig tilsyn foretatt av «someone who has the authority and competence to change the decision» og «considers all the relevant data»

## Art. 22: Unntak (I)

Tre kategorier: kontrakt, lovhjemmel, samtykke

- Kontrakt-unntaket er strammere enn tidligere
- Samtykke-unntaket er nytt, men samtykke må innfri kravene etter art. 4(11)
- Lovhjemmel-unntaket gir nasjonale myndigheter stor «manøvreringsmargin» (jf. NOU 2019:5, avsnitt 18.3.3.3)
- Alle unntak krever «egnede» beskyttelsestiltak i tillegg

## Art. 22: Unntak (II)

- Hva = «egnede tiltak» (jf. særlig art. 22(3))?
- «egnede tiltak» inkluderer 'i det minste' ...
  - retten til **mennekelig inngripen** fra den behandlingsansvarlige
  - den registrertes rett til å uttrykke **sine synspunkter**
  - den registrertes rett til å **bestride** avgjørelsen
- og en rett til **ex post forklaring** av avgjørelsen?
  - Sistnevnte er mye diskutert; svaret er e.m.m. ja (se neste slide)

## Art. 22: Unntak (III)

- En rett til ex post forklaring ligger implisitt i:
- artikler 13-15
- kontradiksjonsretten i art. 22(3)
- grunnprinsippet om «fair» og «transparent» databehandling i art. 5(1)(a)
- grunnprinsippet om ansvar («accountability») i art. 5(2) og 24
- Nevnes også i fortalepunkt 71 (men en fortale alene kan ikke hjemle en rettighet)

## Art. 22 sammenlignet med art. 15 PVD

- Utvidet anvendelsesområde
  - Omfavner mer enn profilering
  - Strengere krav hva gjelder sensitive opplysninger
- Åpner opp for et nytt samtykke-unntak som er potensielt problematisk (fra et pv-perspektiv)
- Sterkere krav til «human-in-the-loop», særlig hva gjelder bruk av sensitive opplysninger

## Art. 22: en ny «second class» sett med rettigheter?

- De mange anvendelseskriterier betyr at art. 22 også er et korthus
- Art. 22 er prinsipielt viktig som motsats til «black box» beslutningsprosesser, men kommer ikke til anvendelse på beslutningsstøtte-systemer
- Kommer registrerte til å benytte seg av sine rettigheter etter art. 22(3)?

## Og lovteknisk?

- Tjaaa ...
- Art. 22 har et unødige komplisert struktur og uklar semantikk
- Egenskaper som dessverre går igjen i mye av PVF
  - «Finansnæringen opplever at bestemmelsen er vanskelig tilgjengelig og utfordrende å anvende i praksis», jf. Finans Norges innspill til PVK



## Quo vadis?

- UK vurderer å fjerne eller modifisere art. 22 for å fremme landets KI-satsing, post-Brexit
  - <https://on.ft.com/3E3hwvB>
- Mye usikkerhet rundt forholdet mellom PVF og det vordende regelverket om KI (jf. EU-kommisjonens forslag til «AIA»)

## Oversikt over nyere praksis, tolkninger mv.

- Se Bygrave, «Article 22» i Kuner, Bygrave, Docksey (red.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary – Update of Selected Articles* (Oxford University Press 2021), s. 96 flg.
  - Gratis tilgjengelig ved:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3839645](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839645)